

# ZH\_OBERGERICHT RV110019 vom 30. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RV110019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RV110019)

FR: ZH\_OBERGERICHT RV110019 du 30 septembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT RV110019 del 30 settembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Der Gesuchsgegnerin wird in Vollstreckung der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 11. März 2010 betreffend Eheschutz (Geschäfts-Nr.: EE090150) befohlen, dem Gesuchsteller das Besuchsrecht gegenüber den gemeinsamen Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ im vol- len Umfang gemäss Ziffer 3 zu gewähren. Dieser Befehl ergeht unter der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.–) im Widerhandlungsfall.

### E. 2

Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt. Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Ent- scheids, ermässigt sich diese Gebühr auf zwei Drittel.

### E. 3

Die Gerichtsgebühr wird der Gesuchsgegnerin auferlegt, aber im Betrag von Fr. 500.– mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kos- tenvorschuss verrechnet und im übrigen Umfang zufolge Gewäh- rung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Ge- richtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den Betrag von Fr. 500.– zu ersetzen.

### E. 4

Gemäss Verfügung des Eheschutzgerichts Dietikon vom 11. März 2010 steht dem Gesuchsteller das folgende Besuchsrecht zu (Urk. 2): - von Montag bis Freitag, jeweils nachmittags von 14.00 bis 18.30 Uhr, davon ausgenommen sind der erste und dritte Mittwoch Nachmittags je- den Monats, den die Kinder bei der Klägerin verbringen - jedes zweite Wochenende - alternierend Weihnachten/Neujahr bzw. 24.12./31.12 - alternierend Ostern bzw. Pfingsten - (Ferienbesuchsrecht).

- 6 - Mit Beschluss vom 28. Juni 2011 reduzierte die Vormundschaftsbehörde E.\_\_\_\_\_ das Besuchsrecht (Urk. 27). Dieser Entscheid erging nach Erlass des vorinstanz- lichen Urteils und der Gesuchsteller hat ihn beim Bezirksrat angefochten (Urk. 31).

### E. 5

Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur

Schweizerischen Zivilprozess- ordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 326 N 3 f.). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorge- bracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuen- berger, a.a.O., Art. 229 N 8). Aufgrund des Novenverbots können im Beschwerdeverfahren nach ZPO weder der Beschluss der Vormundschaftsbehörde E.\_\_\_\_\_ noch die Beschwerde an den Bezirksrat berücksichtigt werden. Im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids war die Neuregelung des Besuchsrechts noch nicht rechtskräftig und die ur- sprüngliche Regelung gemäss der Eheschutzverfügung vom 11. März 2010 hat nach wie vor Bestand. Das vorliegende Vollstreckungsverfahren ist somit nicht hinfällig oder gegenstandslos geworden.

#### **E. 6**

Das Vollstreckungsgericht ist an das zu vollziehende Urteil gebunden. Es darf die rechtskräftige Besuchsrechtsordnung weder abändern noch aufheben. Indessen kann es die Vollstreckung vorübergehend (ganz oder teilweise) verwei- gern, wenn das Kindeswohl ernstlich gefährdet würde. Die Vollstreckung über längere Zeit zu verweigern geht hingegen nicht an, weil über eine dauerhafte Än- derung der Besuchsrechtsordnung wiederum das Sachgericht zu entscheiden hat. Diese Grundsätze gelten für das im Scheidungsurteil festgesetzte Besuchsrecht, aber auch für die Vollstreckung der Besuchsrechtsordnung, die sich auf Ehe- schutzmassnahmen stützt. Die Lehre vertritt keinen von der zitierten Rechtspre-

- 7 - chung grundsätzlich abweichenden Standpunkt (BGE 5A\_627/2007 vom 28. Feb- ruar 2008 mit Hinweisen).

#### **E. 7**

Das von den Parteien im Rahmen des Eheschutzverfahrens vor Bezirksge- richt Dietikon vereinbarte Besuchsrecht ist unbestritten sehr extensiv und sprengt den Rahmen eines gerichtüblichen Besuchsrechts. Indessen basiert es auf einer einvernehmlichen Vereinbarung, geschlossen am 11. März 2010 (Urk. 2). Zwar ist nicht zu übersehen, dass mit dem Umzug der Gesuchsgegnerin von E.\_\_\_\_\_, wo bis anhin beide Parteien gelebt haben, nach F.\_\_\_\_\_ eine Veränderung eingetre- ten ist. Die von der Gesuchsgegnerin angeführten Kommunikationsschwierigkei- ten und Konflikte zwischen den Parteien werden vom Gesuchsteller anerkannt, führt dieser doch vor Erstinstanz aus, die Konflikte hätten schon früher (gemeint vor dem Umzug) bestanden (Prot. I. S. 8). Der Gesuchsteller holt die Kinder nun täglich mit dem Auto ab und bringt sie am Abend wieder zurück. Die Fahrzeit ist mit rund zehn Minuten kurz. Der Wohnsitzwechsel bewirkt für die Kinder gleich- wohl eine gewisse Belastung. Sie können nach der Schule bzw. dem Kindergar- ten nicht mehr individuell zum Vater gehen. Da die beiden Mädchen kaum regel- mässig zur selben Zeit am Nachmittag den Unterricht beenden, erfordert das Ab- holen mehr Organisation und Absprachen, was auch Unruhe und Spannungen mit sich bringen kann. Dass der Gesuchsteller dafür zu sorgen hat, dass die ältere Tochter C.\_\_\_\_\_ regelmässig ihre Hausaufgaben machen kann, versteht sich von selbst. Dennoch ist eine ernsthafte Gefährdung im Sinne der zitierten Rechtspre- chung, welche rechtfertigen würde, das Besuchsrecht während nunmehr vor Rechtsmittelinstanz hängigem Abänderungsverfahren zu verweigern bzw. zu mo- difizieren, nicht dargetan. Dieser Aspekt spricht somit nicht gegen die Vollstre- ckung.

#### **E. 8**

Das Vollstreckungsgericht erlässt einen Entscheid, in dem die Vollstreckung angeordnet wird. Ordnet es die Vollstreckung an, so bestimmt es die Vollstreckungsmassnahmen (Stahelin, in: Sutter/Somm, Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art 341 N 16). Art. 343 Abs. 1 ZPO stipuliert: Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht anordnen: a. eine Strafdrohung nach Art. 292 StGB; b. eine Ord-

- 8 - nungsbusse bis zu 5000 Franken; c. eine Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken für jeden Tag der Nichterfüllung bzw. weitere Zwangsmassnahmen. Die Auswahl der zu treffenden Massnahme bleibt dem Vollstreckungsgericht überlassen, welches dabei nicht an den Antrag der gesuchstellenden Partei gebunden ist. Es ist die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist (Stahelin, in: Sutter/Somm, Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art 343 N 14 mit Hinweisen). Namentlich der indirekte Zwang (Strafandrohung gem. Art. 292 StGB; Ordnungsbusse) soll in einem vernünftigen Verhältnis zum Erfüllungsinteresse des Gläubigers stehen (Stahelin, in: Sutter/Somm, Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 343 N 11 mit Hinweisen).

## E. 9

Der Gesuchsteller hat im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragen, es sei mehrmals vorgekommen, dass die jüngere Tochter D.\_\_\_\_\_ nicht bei ihm erschienen sei. Konkret nannte er sechs Daten innerhalb einer Zeitspanne von rund sieben Monaten. Dazu machte der Gesuchsteller Probleme bei der Ausübung des Ferienbesuchsrechts im April 2011 geltend (Urk. 1 S. 2, Urk. 7 S. 1). Erstens sind sechs Tage angesichts des von den Parteien vereinbarten aussergewöhnlich häufigen Besuchsrechts vernachlässigbar. Und zweitens hat C.\_\_\_\_\_ den Gesuchsteller offenbar immer besucht, eine konkrete Weigerung der älteren Tochter wird jedenfalls nicht moniert. Auch in der Beschwerdeantwort wird vom Gesuchsteller nur thematisiert, dass "das Besuchsrecht gemäss Anerkennung von Seiten der Beschwerdeführerin auf Seite 12 der Beschwerdeschrift mindestens an sechs Daten nicht funktioniert hat, was die jüngere Tochter betrifft." (Urk. 29 S. 2). Der Gesuchsteller hat im erstinstanzlichen Verfahren behauptet, die Gesuchsgegnerin wolle das Besuchsrecht nicht einhalten und nehme sich Macht heraus zu bestimmen, wann die Kinder zum Vater gehen und wann nicht (Urk. 1 S. 3). Bereits die Tatsache, dass C.\_\_\_\_\_ ihren Vater regelmässig besucht, spricht gegen den pauschalen Vorwurf. Zudem fehlt es an schlüssigen Anhaltspunkten dafür, dass die Gesuchsgegnerin D.\_\_\_\_\_ bewusst gegen deren Vater beeinflussen würde. Es ist nicht die Gesuchsgegnerin persönlich, welche sich renitent zeigt. Daran ändert auch nichts, dass es in Bezug auf das Ferienbesuchsrecht im Frühling 2011 tatsächlich zu Problemen gekommen ist, welche die Gesuchsgegnerin anerkennt (Urk. 21 S. 14). Betreffend das tägliche Besuchsrecht ist vielmehr zu schliessen,

- 9 - dass die (sporadische) Weigerungshaltung von D.\_\_\_\_\_ auf deren eigenem Kindeswillen gründet. Dies ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Die Ausführungen in der Beschwerdeschrift zielen denn insbesondere auf diesen Umstand, wenn die Gesuchsgegnerin ausführen lässt, sie werde für ein Verhalten ihrer Tochter verantwortlich gemacht, das sie nicht zu verantworten habe (Urk. 22 S. 12). Wie ausgeführt, wird die effektive Vollstreckung eingeschränkt durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Androhung der Ungehorsamsstrafe ist nach dem Ausgeführten nicht verhältnismässig. Im Übrigen würde ein solcher Druck auf die Gesuchsgegnerin kaum etwas an der Einstellung des Kindes ändern. Vollstreckung eines Entscheids bedeutet

zwangsweise Durchsetzung einer gerichtlich als rechtmässig anerkannten Rechtslage (BSK ZPO-Droese, Art. 335 N 8). Ist die zwangsweise Durchsetzung als nicht verhältnismässig zu werten, führt das im zu beurteilenden Fall dazu, dass das Vollstreckungsbegehren abzuweisen ist.

#### **E. 10**

Die Gesuchsgegnerin beantragt weiter, Ziff. 2-4 des vorinstanzlichen Entscheides seien abzuändern und es seien sämtliche Gerichts- und Parteikosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen.

#### **E. 11**

Ziff. 2 beschlägt die Höhe der Gerichtsgebühr. Die Gesuchsgegnerin beanstandet die festgelegte Staatsgebühr nicht konkret, es ist somit nicht weiter darauf einzugehen.

#### **E. 12**

Ziff. 3 und 4 betreffen die Kosten- und Entschädigungspflicht. Da das Vollstreckungsbegehren des Gesuchstellers abzuweisen ist, sind entsprechend dem Ausgang des Verfahrens die Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen und dieser ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung im von der Vorinstanz festgelegten Betrag - gegen die Höhe wurde nichts vorgebracht - auszurichten, jedoch zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer. Entsprechend sind Dispositiv-Ziff. 3 und 4 abzuändern.

#### **E. 13**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Vollstreckungsbefehl aufzuheben unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers.

- 10 - III. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem ist er zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag zu bezahlen. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO liegt nicht vor. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.